

DAHN

Ueber die wirkung der klagverjahrung

bei obligationen

1855





Ueber die

Wirkung der Klagverjährung

bei Obligationen

von

Dr. Felix Dahn.

„Usucapio-finis periculi atque litium“
Cicero pro Caecina. C. 26.

Inaugural-Dissertation.

München.
Christian Kaiser.
1855.

ForTy
D

Rec. Oct. 16, 1900.

Quellen-Angabe.

I. *Corpus juris antejustin.* Bonn 1841.
Vaticana fragm. Berlin 1824.
Gaji instit. comm. IV. Bonn 1850.
Corpus jur. justin. ed. Beck.

II. Litteratur.

A. Aeltere:

Balbus, tract. de praescriptione Spirae 1610. p. 30—31.
Cocceji, exercit. curios II. disp. 44. Sect. 2. §. 23. jus. civ. contrav. lib. 44. t. 3. 9. 1.de vero debit. absol. p. 21. §. 22.
M. G. Wernher, lectiss. commentat. lib. XII. t. 6. §§. 5. 15.
Mevius, decis. P. 8. dec. 486. N. 5.
Lauterbach, coll. theor. pract. lib. 44. tit. 3. §. 19.
Donellus, comm. de jure civ. l. XXII. c. 2. §. 8. lib. XVI. c. 8. §. 21. §. 22.
Averanius, interpret. lib. II. c. 12. §§. 19. 20.
Vasquius, illustr. contrav. II. c. 54.
Mollenbeck, thes. jur. civ. lib. XVI. tit. 2. 101.
Böhmer, intrad. eis jus pand. lib. XLIV. tit. 3. §. 1.
Titius, jus. priv. rom. germ. V. 13. 37.
Leyser, medidat. spec. 174. currollar.
Hahn, ad Wesenbec. lib. tit. 6. n. 6.
Brissonius, de verborum signific. sub. voce praescriptio. p. 457. Falsch ist das Citat von Guyet. J. B. Wernher obs. far. III. 136.

B. Neuere:

Weber, Beiträge zu der Lehre v. d. Kl. u. Einreden p. 54. seq., natürl. Verbindlichk. §. 92.
Thibaut über Besitz und Verjähr. p. 119. Anders in den Pandekten §. 1019, dazu
Brauns Erörter. p. 807.
Dabelow, Verjähr II. p. 204.
Glück's Erläuter. XIII. p. 100. XV. p. 64. XX. p. 100. 378.

Franke civil. Abhandl. p. 72.
Mühlenbruch, Lehrbuch §. 481. doctr. pand. III. p. 470.
Löhr, im Archiv für civil. Praxis X. p. 66.
Guyet, eod. „ „ „ „ XI. p. 62.
Heimbach, in Linde's Zeitschrift I. p. 430.
Vermehrus, eod. „ II. p. 319.
Sintenis, in Zuhreins Jahrb. für Proceß I. p. 248.
prakt. Civilr. I. p. 302.
gem. Pfandrecht p. 579.
Büchel, civil. Erörter. I. p. 1.
Buchholtz, jur. Abhandl. p. 390.
Roßhirt, in seiner Zeitschrift II. p. 156.
Puchta, über d. gerichtl. Klagen p. 96.
Lehrbuch §. 92.
Vorles. I. p. 192.
Mackeldey, Pandectenrecht §. 199.
Schilling, Rechtsgeschichte II. p. 318.
Göschen, Vorles. I. p. 445.
Kierulph, Theorie d. Civilr. I. p. 210.
Unterholzner, Verjähr. §. 258.
Schuldverhältn. I. §. 247.
Savigny, System V. p. 366.
Linde, Lehrbuch des Processes p. 206.
Wening-Ingenheim, Civilr. I. p. 110.
Vangerow, Leitfaden I. 1. p. 261.
Arndt's, Lehrb. d. Pand. §. 111. §. 277.
Unzugänglich waren mir
Ravius, princ. doctr. de praescr. *Cappel* dissert. an cempens. obstet. praescr.
Sommer, rechtswissenschaftl. Abhandlung.

Einleitung.

Das Recht ist die Ordnung des äußern Willensverhältnisses der Menschen zu andern Menschen und zu den Sachen. Nothwendig ist eine solche Ordnung, weil der Mensch seine begriffliche Aufgabe nur vollziehen, seinen vollen Inhalt nur entfalten kann, indem er handelt. Die Handlung ist der im Willen äußerlich gewordene Inhalt, die erscheinende Persönlichkeit des Menschen. Da nun jede Persönlichkeit sich handelnd äußert und dazu gleichsam als Material der Körperwelt in Zeit und Raum bedarf, auf deren Benützung abstract betrachtet jede Persönlichkeit gleiches Anrecht hätte, so bedarf es einer allgemeinen Willensordnung, welche die Einzelwillen in ihrem Verhältniß zu Raum und Zeit beherrscht und durch den Rechtsfrieden die Freiheit, durch die Macht des Allgemeinen die Sicherheit des Einzelwillens herstellt. — Das Recht ist also eine räumlich-zeitliche Ordnung. Darin liegt, daß es nicht nur Zeit und Raum bestimmt, sondern auch von Zeit und Raum bestimmt wird. Daher haben die Raumverhältnisse Einfluß auf die Verschiedenheit der Rechtsbildungen: einmal indem gewisse Raumarten besondere Rechtsnormen erheischen (Berg-, Forst-, Wasserrecht) sodann indem die Rechtsbildungen selbst in den verschiedenen Ländern differiren.

Wichtiger ist die Bedeutung der Zeit für das Recht. Im Begriff des Menschen und seines Willens liegt schon die Veränder-

lichkeit: jene Willensordnung kann daher auch nur eine veränderliche sein: d. h. es gibt eine Rechtsgeschichte. Das Recht ist der Ausdruck der gegenwärtigen, nicht der ewigen Willensordnung der Menschen und entsteht und vergeht daher mit der Gegenwart. In dieser Beziehung wirkt also die Zeit schaffend auf das Recht als solches. — Aber die Zeit hat noch andern Einfluß auf das Recht, indem sie nicht Recht innerhalb ihrer Perioden entstehen läßt, sondern Recht präsumirt oder geradezu fingirt, und so ein nur Factisches geradezu an die Stelle des Rechts selbst. Dieß ist die Zeit als Verjährung.

Das Recht soll die Verhältnisse der Menschen in Zeit und Raum ordnen, einen dauernden Frieden der Willenskräfte bezüglich ihrer Objekte herstellen. Es bestimmt daher gewisse Regeln, unter deren Voraussetzung eine Persönlichkeit gewisse Dinge oder gewisse Handlungen anderer Menschen in Anspruch nehmen darf und durch die Macht der Allgemeinheit in ihrer Willensäußerung, in ihrer Herrschaft geschützt wird: ein Recht ein subjektiver Sinn ist eine wegen Erfüllung und unter Einhaltung gewisser Voraussetzungen durch das Allgemeine geschützte Einzelherrschaft über eine Sache oder über eine andere Persönlichkeit. Bei dieser Anschauung des Verhältnisses der Menschen zu den Sachen geht man von dem Idealen, dem Juristischen aus.

Allein man kann auch umgekehrt dieß Verhältniß betrachten vom Standpunkt des Factischen, des Materiellen. Wenn ein Mensch zu einer Sache in einem gewissen factischen Verhältniß steht, so kann man aus den factischen Voraussetzungen auf das Recht schließen. Dort wird vermöge juristischer Voraussetzungen eine factische Herrschaft geschützt, so zwar, daß wenn sie auch factisch gestört ist, sie doch juristisch als ungestört gilt und wieder hergestellt wird; dieß ist das Verhältniß von Eigenthum und jus possidendi; die rei vindicatio erzwingt unter und aus juristischen Regeln und Voraussetzungen die Wiederherstellung einer factischen Herrschaft.

Hier aber wird umgekehrt aus factischen Voraussetzungen eine factische Herrschaft geschützt — jus possessionis — zunächst nur gegen factische Störung (Schutz des Besitzers gegen andere Nichteigenthümer, actio publiciana), aber auch geradezu gegen an sich begründete juristische Herrschaft oder mit andern Worten: eine nur factische Herrschaft wird unter Umständen zur juristischen erhoben — Usucapion und Klagverjährung.

Dieß ist allerdings eine Abweichung vom Begriff des Rechts, welches ja eine ideale Ordnung des Materiellen ist, während hier gerade umgekehrt eine Ordnung des Idealen durch das Materielle geschieht.

Es erklärt sich aber diese Abweichung doch völlig aus dem tiefern, lebendigern Begriff, aus dem Zweck des Rechts. Frieden ist das Ziel alles Rechts, Herstellung einer dauernden Harmonie aller Einzelwillen und Einzelherrschaften; zu deren Erhaltung schafft es Regeln und Voraussetzungen, nach und unter denen eine Einzelherrschaft geschützt wird. Aber es wird die Anwendung solcher Regeln da nicht dulden, wo sie unnöthig oder gar schädlich erscheinen, wenn sie, statt Frieden zu stiften oder zu erhalten, einen bestehenden Frieden gefährden oder zerstören würden. Die abstracten Rechtsregeln sind nicht Selbstzweck, sondern Mittel zum höhern Zweck des Friedens.

Wenn daher ein Verhältniß durch die Länge seines ruhigen Bestandes, durch die Anerkennung der andern Einzelwillen den Frieden der Zeit erworben hat, so bedarf es unter Umständen nicht mehr des Frieden des Rechts, die habende Gewere wird zur juristischen Gewere und wer diesen concreten Frieden aus den abstracten Rechtsregeln heraus angreift, der handelt gegen den Sinn und Zweck, und ist daher nicht mehr im Recht, sondern im Unrecht.

Es ist der Idealismus des Rechts, daß der nichtbesitzende Eigenthümer aus juristischen Gründen den Besitz wieder erobern kann,

es ist der Realismus des Rechts, daß sich der lange Besitz in Eigenthum, die Unbeklagtheit in Klagfreiheit verwandelt, beides aber erklärt sich aus dem Begriff des Rechts als einer Friedensordnung.

In allen uns bekannten Volksrechten finden wir nun auch Einfluß der Zeit auf das Recht, die Verjährung nach ihrer doppelten Richtung des Rechtschaffens und Rechtzerstörens.

Im röm. Recht ist die Ersitzung bereits in der Zwölftafel-Gesetzgebung anerkannt und auch die Klagverjährung kommt bei einer großen und praktisch sehr wichtigen Gruppe von Klagen — den prätorischen und ädilitischen Straf- und Ersatzklagen — von Anfang an vor. Die übrigen Klagen jedoch waren perpetuae, d. h. durch keinen Zeitablauf zerstörbar.

Erst im fünften Jahrhundert p. Chr. wurde der oben entwickelte Einfluß der Zeit auf das Recht in durchgreifender Art anerkannt und auf die Verjährung aller Klagen — mit wenigen Ausnahmen — angewandt. Aus dieser Rechtsbildung hat sich nun aber in Beziehung auf Obligationen eine große Streitfrage darüber entsponnen, ob im röm. Recht jenes Princip der Verjährung absolut oder nur relativ durchgeführt, ob nach Ablauf der Verjährung noch ein Rest der obligatio als obligatio naturalis übrig oder ob die ganze obligatio spurlos getilgt sei.

Auch bei dinglichen Rechten war dieß früher bestritten. Nunmehr aber ist anerkannt, daß die Verjährung bei dinglichen Rechten nur die Klage, nicht auch das dingliche Recht zerstört und daß der Dinglich-Berechtigte sein Recht geltend machen kann auch nachdem die Klage durch Verjährung erloschen ist, vorausgesetzt, daß nicht eine erwerbende Verjährung einem Andern das Recht selbst zugewendet hat.*)

---

*) Vergl. hierüber Löhr l. c. p. 81, 82. Unget l. c. p. 89, 90. Vermdern l. c. 358. Anders und richtig Büchel l. c. p. 37. Sav. l. c. 367—369.

Sehr streitig aber ist die Frage noch immer bezüglich der persönlichen Klagen und die Beantwortung dieser Frage ist der Gegenstand vorliegender Abhandlung. Es versteht sich, daß die Entscheidung nur aus den positiven Gründen der Quellen geschöpft, nicht a priori aus dem Begriff des Rechts und der Verjährung construirt werden darf, denn weil das Recht als ein historisches erscheint, so herrscht in diesem Gebiet die Macht der Geschichte über die Macht des Begriffs und auch ein widerbegriffliches Gesetz ist Gesetz.

Allein einmal muß doch jedenfalls das rechtsphilosophische Urtheil über Begrifflichkeit oder Inconsequenz eines Gesetzes erlaubt sein und sodann ist gewiß ein mächtiger subsidiärer Entscheidungsgrund zur Deutung eines bestrittenen positiven Gesetzes die Uebereinstimmung der einen oder andern Auslegung mit dem Begriff des Rechts überhaupt und dem Zweck des betreffenden Rechtsinstituts insbesondere. Wenn sich die positiven Gründe für zwei abweichende Auslegungen eines Gesetzes die Waage halten, so ist gewiß für diejenige zu entscheiden, welche mit dem Wesen des Rechts und des fraglichen Instituts, mit der ratio legis übereinstimmt und gegen jene, welche im Widerspruch mit dem Sinn des Institutes stehen und den Zweck des Gesetzes vereiteln würde.

Wenden wir diesen unbestrittenen Satz auf unsere Streitfrage an, so ist offenbar, daß a priori betrachtet nur die absolute Theorie, d. h. diejenige, welche die Tilgung auch der nat. oblig. behauptet, den Begriff des Rechts und dem Zweck der Klagverjährung entspricht, daß aber die relative Theorie, d. h. diejenige, welche den Fortbestand einer nat. oblig. nach der Verjährung vertheidigt, mit Sinn und Zweck dieses Instituts in gradem Widerspruche steht.

Denn nach dem Obigen kann der einzige Grund jener Abweichung vom Charakter des Rechts als einer idealen Ordnung

nur die Erhaltung des Rechtsfriedens sein; es soll ein durch lange Dauer festgestellter Friedenszustand, ein ununterbrochen anerkanntes factisches Verhältniß, nicht auf einmal mit solchen Waffen angegriffen werden, welche nur da sind, den Frieden zu schützen, nicht ihn zu verletzen, nämlich mit Rechtsregeln. Es muß also jene Wirkung der Zeit den Rechtsfrieden sichern, vollständig und allseitig sichern, sonst ist die ganze Abweichung nichts als zwecklose, unberechtigte Willkühr. Wenn man aber die Forteristenz einer nat. oblig. nach der Verjährung behauptet, so ist offenbar der Sinn des Instituts verletzt und sein innerer Zweck vereitelt. Denn die überlebende nat. oblig. kann zu einer reichen Anzahl neuer, jenem durch Zeit gesicherten Frieden widersprechender Verbindlichkeiten und Lasten des nat. debitor führen, ja es kann gradezu alle Wirkung der Verjährung aufgehoben werden, wenn der nat. debitor später ein volles klagbares Recht von gleichem Werthinhalt mit dem Verjährten gegen den nat. creditor erworben hat und sich nun die Compensation jener verjährten aber als nat. oblig. noch fortwirkenden Forderung gegenüber seinem jungen Recht gefallen lassen muß. Da ist es völlig illusorisch von einer Wirkung der Verjährung zu sprechen; die alte obligatio lastet ebenso schwer auf dem Schuldner, als ob sie nicht verjährt wäre; denn es ist ganz gleichgiltig, ob er 100 fl., falls sie eingeklagt werden, zahlen muß, oder ob er selbst 100 fl., auf welche er volles Recht hat, nicht verlangen kann wegen der zu besorgenden Compensation; in beiden Fällen ist sein Vermögen um 100 fl. durch ein Recht des Gegners gemindert und aller Unterschied ist nur, ob dieser sein Recht agendo oder compensando geltend macht.

Die relative Theorie muß daher zugeben, daß sie den Zweck der Verjährung in allen Fällen größtentheils, in den meisten Fällen vollständig vereitelt. Dieß erregt schon a priori ein schweres Bedenken gegen dieselbe, welches ceteris paribus gewiß gegen sie entscheiden müßte.

Allein dieß Argument gewinnt um so mehr Gewicht, als auch

die positiven Gründe für die relative den positiven Gründen für die absolute Theorie keineswegs gewachsen sind, was nun vorerst auszuführen ist.

Unsere Aufgabe gliedert sich daher von selbst in folgende Theile:

A. Negativer Theil: Widerlegung.

I. der directen
II. der indirecten } Gründe für die rel. Th.

B. Positiver Theil: Begründung.

I. der directen:
II. der indirecten: } Beweise für die absol. Th.

Directe Beweise und Gegenbeweise sind nur die Aussprüche der Quellen selbst über die Wirkung der durch Theodosius II. im Jahre 424 n. Chr. eingeführten 30 jähr. Verjährung. Denn die Argumentation aus den Quellentscheidungen über die Wirkung der Verjährung der actiones temporales des ältern Rechts beruht schon auf der Voraussetzung, daß die Grundsätze über die ältere Verjährung analog auf die Neuere angewandt werden können. Man hat nun natürlich vorerst in dem Wortlaut der neuern und ältern Quellen Beweise und Gegenbeweise zu suchen. Diese Gründe lassen sich nun aber, eben weil sie auf dem Wortlaut beruhen, nicht wohl auseinanderhalten und in einem negativen und positiven Theil besonders behandeln; vielmehr ist es angemessen, die betreffenden Gesetze anzuführen und bei jedem zugleich zu erörtern, wiefern der Wortlaut für die relative oder absolute Theorie spreche.

Daher modificirt sich obige Eintheilung folgendermaßen:

I. Abschnitt: Wortlaut der Stellen über die neuere Verjährung.

II. Abschnitt: Wortlaut der Stellen über die ältere Verjährung.

I. Abschnitt.

Wortlaut der Stellen über die innere Verjährung*).

Im ältern röm. Rechte waren alle actiones perpetuae: nur eine Ausnahme, war es, daß gewisse prätorische und andere Klagen binnen einer kurzgestreckten Frist angestellt werden mußten.

Erst im Jahre 424 n. Ch. wurde von Theodosius II. verordnet, daß alle Klagen in 30 Jahren angestellt werden sollten. (Const. un. Theod. Cod. de actionibus certo tempore finiendis IV, 14.) Dieser Grundsatz, bekräftigt durch Valentinian III. (tit. 26 et 34) ging in das justinian. Recht über (c. 3 Cod. de praescr. 30 vel 40 annor. 7, 39) modificirt durch spätere Constitutionen (c. 4 — 9 Cod. l. c. l 1 — 3 Cod. de annali exceptione etc. 7, 40).

Ob nun diese innere Verjährung noch eine nat. oblig. bestehen lasse oder nicht, muß primär der Wortlaut der Einführungs-Gesetze entscheiden. Er heißt, so weit er hieher gehört:

I. *Constit. unica Cod. Theod. IV, 14, de actionibus certo tempore finiendis* Imp. Theodosius A. Asclepiodoto Pf. P. Sicut in rem speciales ita ad universitatem ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur. Sed si qua res vel jus aliquod postuletur, vel persona quali-

---

*) Quellen: a) Für die rel. Th.: Guyet l. c. p. 79. Sav. 375. Unterholzner Schuldv. p. 529.
b) Für die absol. Th.: Kierulph. 213. Löhr 76. Sint. in den Jahrb. p. 283. Vermehren 375. Büchel 63. Schilling 384. Braun 808.

cunque actione vel persecutione pulsetur, nihilominus erit agenti triginta annorum praescriptio metuenda: eodem etiam in ejus valente persona, qui pignus vel hypothecam non a suo debitore sed ab alio possidente nititur vindicare. (Nam petitio finium regundorum in eo scilicet, quod nunc est, jure durabit.) §. 1. Quae ergo ante non motae sunt actiones triginta annorum jugi silentio, ex quo competere jure coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem. (Nec sufficiat precibus oblatis speciale quoddam licet per annotationem, meruisse responsum vel etiam judicis allegasse, nisi, allegato sacro rescripto aut in judicio postulatione deposita, fuerit subsecuta conventio. In eandem rationem illis procul dubio recasuris, quae post litem contestatam, in judicium actioni deducta habitoque inter partes de negotio principali conflictu, triginta denuo devoluto curriculo, tradita oblivioni ex diuturno silentio comprobantur.) §. 3. Non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defundenda, sed pupillari aetate duntaxat, quamdiu sub tutoris defensione consistit, huic eximenda sanctioni. Nam cum ad eos annos pervenerit, qui ad sollicitudinem pertinent curatoris necessario ei similiter ut aliis annorum triginta intervalla servanda sunt. (§. 4. Annorum autem curricula ita numerari conveniet, ut et illa in demensionem tempora reducantur, quae ante nostrae mansuetudinis sanctionem jugi taciturnitate fluxerunt. §. 5. Verum ne qua odioso nimis ac desidi querimonia relinquatur, ei, qui se fiducia perpetuitatis actionem non movisse commemorat, decem post hanc legem annorum spatia continua superioribus addi praecipimus, ut si quidem ante sanctionem hac lege praefinitos annos decurrisse patuerit, praeter ea tempora quae manarunt, decem actori annorum spatia prorogentur, ita ut tempus illi hoc continuum ex legis tempore numeretur. Quod ei decem illi anni superesse videbuntur aut amplius, ulterius eum nihil desiderare conveniet, sed proprio lapsu temporis decurrente ad triginta usque consummationem debere suo spatio esse contentum; sin annos

quidem restare non dubium est, sed infra decem illorum intervalla concludi, nihilominus etiam sic eum spatium tantum oportebit accipere, ut decem integer numerus compleatur.) Postquam hac definitione nulli movendi ulterius facultatem patere censuimus, etiamsi se legis ignorantia excusare tentaverit. Datum XVIII. Cal. Decembr. Constantinopoli, Victore V. C. Cos. (424).

Aus dieser Stelle hat man für die rel. Th. zunächst die Ueberschrift des Titels benützt, so Guyet p. 81. Hiegegen ist bisher speciell nichts erwidert worden. Allein es muß hier gelten, was überhaupt gegen alle Argumente der Gegner aus den Ausdrücken „*actio* perimitur, finitur, *actioni* praescribitur" einzuwenden ist. Es ist nämlich das Klagerecht die wichtigste Aeußerung der obligatio, ja vielfach das Einzige, wenn nämlich keine Gelegenheit geboten ist, das exceptivische Recht in der obligatio geltend zu machen, ganz anders als bei den dinglichen Rechten, deren wesentliche Aeußerung in dem dauernden Besitz und Genuß besteht und für welche die actio nur Schutz, nicht die Seele des Rechts selbst ist. Es ist daher ganz natürlich, daß die Quellen, wo sie die ganze obligatio in nuce bezeichnen wollen, nur die actio nennen, die der Hauptinhalt ist. In einer ganzen Reihe von Stellen bedeutet actio anerkanntermaßen nicht die bloße Klage, sondern die volle obligatio*). Ist also in andern Stellen zweifelhaft, ob Klage oder Recht gemeint sei, so kann man in einem Ausdruck, welcher anerkanntermaßen auch das Recht bedeutet, gewiß nicht einen Beweis dafür sehen, daß nur die Klage gemeint sein könne, und bei der Verjährung um so weniger, als hier, wie sich zeigen wird, eine gleiche, ja eine größere Anzahl von Stellen sich findet, welche von Erlöschung der obligatio, nicht nur der actio reden. Man

*) Fr. 3 pr. D. de bon. poss. 37, 1. vergl. mit fr. 49 u. 91 D. de V. S. 50, 16. fr. 14. 1. fr. 10 eod fr. 1. §. 3 D. quando de peculio 15, 2. fr. 59 de leg. III. (32.) fr. 43 de usu legato 33, 2. fr. 34 pr. de aur. leg. 34, 2. etc.

wende nicht ein, daß bei dieser Synonimität von actio und obligatio auch umgekehrt die absol. Th. sich nicht auf Stellen berufen dürfe, wo obligatio genannt werde, weil ja hier ebenso obligatio für actio stehen könne. Es ist ein großer Unterschied zwischen beiden Fällen. Sagt eine Stelle actio für obligatio, so folgt sie der Regel: a potiori fit nominatio und redet also höchstens unvollständig. Würde aber eine Stelle nur die actio meinen und doch obligatio sagen, so spräche sie geradezu unrichtig; denn: actio non extra obligationem, sed obligatio extra actionem.

Dieß hätten die Vertheidiger der absol. Th. hervorheben und nicht einräumen sollen, daß sich in dieser Beziehung Beweis und Gegenbeweis aufheben, wie z. B. Kierulph p. 213. Vielmehr beweisen alle in dieser Hinsicht für die rel. Th. angeführten Stellen aus obigem Grunde gar nichts gegen den Wortlaut der Stellen, welche deutlich von der Aufhebung der obligatio reden. Zwar hat man sich auf den bombastischen Styl dieser Constitutionen berufen, welcher eine strenge Auslegung der Worte nicht ertrage, namentlich da den Kaisern unsere Controverse nicht im Sinne lag, aber dieß mag wohl hinreichen, einige unvollständige, nicht aber unrichtige Ausdrücke in Menge anzunehmen.

Daß aber diese Titelüberschrift actio statt obligatio nennt, erklärt sich um so mehr, als die Rubrik einen kurzen Ausdruck verlangte und der Name natürlich von der wichtigsten Wirkung hergenommen wurde. Jedenfalls verliert dieses Fragment alles Gewicht, wenn man erwägt, daß an einer andern Stelle des justin. Codex in einer Titelüberschrift anerkanntermaßen actiones statt obligationes steht; nämlich rubrica tit. 4, 11 „ut actiones et ab heredibus et contra heredis incipiant."

Mit Unrecht folgern daher Guyet und Roßhirt l. c. etwas aus der öftern Wiederholung des Wortes actio für ihre Ansicht, zumal da noch andere Ausdrücke derselben Stelle für die absol. Th. sprechen: si qua res vel jus aliquod-vel qualicunque persecutione — nihil ulterius desiderare," welche beweisen, daß das

Wort actio nur in dem Sinne von obligatio gemeint sein kann, soll sich die Stelle nicht fortwährend selbst widersprechen.

II. Die Novellen Valentinian III.

tit. XXVI. De trig. annor. praescriptione omnibus causis opponenda.

Aus der praefatio: Quis ferat, institui jurgia quae avi ac proavi nescierunt? quae alia improbum litigatorem tam valida defensio submovebit, si possessorem nec saecula in infinitum transacta defendunt. Aus §. 3: lex Theodosii — qua humano generi profunda quiete prospexit, constituens post. trig. annos nulla penitus jurgia, quae medio tempore mota non fuerant, excitari. Aus §. 4: post trig. annor. curricula nulla deinceps actio moveatur. Et negotium, de quo per expressa tempora sollenniter nemo pulsavit, novum nemo proponat. Aus §. 8: ut post trig.-annos perniciosa omnium causarum propositio conquiescat.

tit. XXXIV. de episc. jud.

Aus §. 13 quingennium-intra quod debent omnia negotia consumi.

Wenn nun auch die Worte des tit. XXVI. — jurgia excitari — nulla actio moveatur — etc. zunächst auf Prozesse gehen, so sprechen doch andere daneben stehende Ausdrücke deutlich vom Erlöschen der ganzen obligatio. So wird gesagt, daß das Theodos. Gesetz „humano generi profunda quiete prospexit" — dieser Zweck wäre nicht erreicht, wenn die obligatio noch durch compensatio, Bürgschaft xc fortwirkte. Entscheidend aber lautet der Satz: nulla deinceps actio moveatur *et negotium* de quo per expressa tempora nemo pulsavit, novum nemo proponat. d. h. doch offenbar: „Später soll einerseits keine Klage mehr angestellt werden können, anderseits soll überhaupt das Geschäft, aus welchem in der bestimmten Zeit nicht geklagt worden, weiterhin nicht mehr geltend

gemacht werden."*) Endlich im Schlußsatz „ut perniciosa omnium causarum propositio conquiescat", kann causarum propositio unmöglich bloß auf die Geltendmachung durch Klage geben.

III. *Const. 2. Cod. Just. de praescr. trig. vel quadrag. annor. 7, 39.*

Male agitur cum dominis praediorum, si tanta precario possidentibus prerogativa defertur, ut eos post quadrag. annor. spatia qualibet ratione decursa inquietare non liceat etc.

Wenn sich Guyet darauf beruft, daß nur von „inquietare" d. h. von verklagen die Rede sei, so ist dieß ganz unerheblich. Denn diese Stelle aus einem ganz bestimmten Zweck erlassen — Schutz der Eigenthümer gegen die Precaristen resp. Verbot, diese zu behandeln wie possessores mit dem animus domini — denkt natürlich nur an die Voraussetzungen des Falles, den sie behandeln will.

IV. *Constitutio 4. eodem.*

— si quis contractus, si qua sit actio — quadr. annorum curriculis procul dubio sopiatur, nullumque jus privatum vel publicum in quacunque causa vel quacunque persona, quod praedictorum quadr. annor. exstinctum est jugi silentio, moveatur. Sed quicunque super quolibet jure — sit liber et praesentis saluberrima legis plenissima munitione securus.

Diese Stelle spricht durchaus nur vom jus, welches untergehe und wo die actio genannt ist, steht contractus daneben. Da nun zwar actio recht wohl auch allein stehend obligatio, niemals aber contractus allein stehend so viel als actio bedeuten kann, so kann unmöglich, wie Guyet will, das Wort contractus, da es neben actio steht, eine pleonastische Erklärung des Letztern sein.

---

*) Offenbar unrichtig übersetzt Guyet: „wenn man bisher nicht geklagt hat, kann man es später vollends gar nicht mehr." Negotium heißt nicht Klage, sondern Rechtsgeschäft.

Anastas hat den Zweck bestimmt ausgesprochen, mit diesem Gesetz Ausreden abzuschneiden, wodurch man gegenüber den früheren Verjährungsgesetzen bei einzelnen Rechtsverhältnissen Ausnahmen zu statuiren suchte.

Er will also gewiß bestimmt sprechen. Wenn nun nur die actio erlöschen sollte, der contractus aber fortwirken sollte, konnte er dann sagen: si quis contractus, si qua sit actio, — sopiatur? Gewiß nicht, wenn er nicht das gerade Gegentheil sagen wollte, von dem, was er dachte*). Aus den Worten „munitione securus“ läßt sich nicht mit Guyet folgern, daß nur vom Schutz gegen Klage die Rede sei, denn der Satz beginnt mit den Worten „super quolibet jure“ und das „munitio“ am Schluß kann also nur sagen, daß der Schutz dieses Gesetzes jedem Rechte angedeihen soll.

V. *Constitutio 7. eodem.*

Aus dieser Stelle führt Guyet die Worte des § 4 für sich an: „praescriptiones, quae actionibus opponuntur.“ Allein diese beweisen gar nichts. Denn in der ganzen Stelle wird nur von Verjährung der Pfandklage gesprochen. Aber daraus darf doch nicht geschlossen werden, daß Alles, was in der Stelle nicht stehe, auch nicht gelten solle.

VI. *Constitutio 9 Cod. eod. v. Justinian.*

— jure suo lapsi videbantur — suas fortunas ad alios translatas videntes.

Mit Unrecht hat man die absolute Theorie auf die Worte — jure suo lapsi — stützen wollen**). Denn da das Wort hier allein steht, ohne erklärenden Zusatz, nur mit Beziehung auf die ältern Gesetze, so kommt es lediglich auf die Erklärung der Letztern an;

---

*) Vgl. Vermehr. p. 346 seq.

**) So Löhr p. 77 Vermehrus 347. Sint. 265. Büchel l. c.

diese Stelle an sich kann ebensowohl vom Klagerecht als von der ganzen obligatio verstanden werden. Aber noch weniger kann man mit Guyet und Roßhirt die darin herrschende Ausdrucksweise actor – actio für die relative Theorie anführen. Denn Justinian hat hier lediglich den Zweck, statt der gewöhnlichen 30jähr. eine 40jähr. Frist für die Verjährung der Litispendenz anzuordnen und spricht deßhalb zunächst nur von der Wirkung der Verjährung gegenüber der Klage. Dagegen spricht deutlich für die absolute Theorie der Ausdruck — suas fortunas translatas videre; denn von einer Uebertragung eines Vermögenstheils kann nur die Rede sein, wenn der früher dem Gläubiger zustehende Ausspruch völlig erloschen und daher der Schuldner nunmehr um so viel reicher als jener ärmer ist denn zuvor.

VII. Endlich hat sich Guyet sogar auf eine Stelle des canon. Rechts berufen, nämlich auf c 6 i. f. X 2, 26 — quadragenalis praescriptio omnem prorsus actionem excludit. Allein dieß ist offenbar nur eine Nachahmung der römischen oben erörterten Sprachweise und daher so unbeweisend wie diese selbst. — Das Ergebniß des Bisherigen ist: Der Wortlaut der Constitutionen enthält gar keinen Beweis für die relative, wohl aber starken Beweis für die abs. Theorie. Wäre nun der Wortlaut von Constitutionen, wie diese sind, überhaupt ein stringentes Beweismittel, so wäre der Streit hier bereits entschieden. Allein da den Kaisern unsere Controverse nicht vorgeschwebt, kann man auf ihre Ausdrücke nicht das vollste Gewicht legen. Nicht quantitativer Mangel an Beweis oder die Existenz eines Gegenbeweises, sondern nur die qualitative Unsicherheit des Beweismittels ist der Grund, weßhalb auf dem Gebiet des direkten Beweises allein die absol. Theorie nicht schon als vollbegründet erscheint.

II. Abschnitt.

Wortlaut der Stellen über die ältere Verjährung*).

Als Theodos II. die Verjährbarkeit aller Klagen einführte, geschah dieß gewiß nur in dem Sinne, daß die Grundsätze über die actiones temporales des ältern Rechts, hinfort auch für die actiones perpetuae des ältern Rechts gelten sollten. Es wird daher mit Recht von Seiten beider Theorien aus den Quellenausdrücken über die ältere Verjährung auf das über die neuere Verjährung geltende Recht geschlossen. Vorerst kommt nun wieder der Wortlaut der ältern Quellen in Betracht. Hier wird aber bald von einer exstinctio obligationis, bald von einer exstinctio juris gesprochen und hier muß die obige Bemerkung, daß das Wort actio statt des Wortes obligatio nur ein unvollständiger aber richtiger Ausdruck ist, dagegen obligatio für actio ein unrichtiger Ausdruck sein würde, noch viel mehr gelten, als bezüglich des Constitutionenrechts, welchem man viel eher als den classischen Juristen und ihrer präzisen Sprache eine Unrichtigkeit im Ausdruck zutrauen kann. Hiezu kömmt noch, daß die classischen Juristen unsere Controverse der Anwendung nach kannten und behandelten, obwohl sie theoretisch-erörtert nicht vorkömmt. Im nächsten Abschnitt muß

---

*) Quellen: a) für die rel. Th. Guyet p. 76. Sav. 374. Unholzer l. c. 530.

b) für die absol. Th. Braun l. c. Vang. 264. Kierulph l. c. Vermehren 337. Büchel 63 Linde 207. Heimbach 437.

eine Reihe von Stellen besprochen werden, welche Wirkungen aussprechen, die nur von der Annahme des Ueberlebens oder Erlöschens einer nat. oblig. ausgehen konnten. Sie mußten also wohl wissen, daß der Ausdruck über die Wirkung der Verjährung nicht gleichgiltig sei, weil man daraus andere praktische Consequenzen hätte ziehen können als sie für richtig hielten.

Nun finden wir aber das merkwürdige und entscheidende Factum, daß:

1) alle Juristen, welche theoretisch für die relative Theorie zu sprechen scheinen durch Ausdrücke wie — finitur actio, perimitur actio — praktisch d. h. in casuistischen Erörterungen offenbar die absol. Theorie anwenden, d. h. die obligatio auch als naturalis nicht überleben lassen. Daß

2) alle Juristen, welche in casuistischer Anwendung die relative Theorie zu befolgen scheinen, theoretische Ausdrücke gebrauchen, die für die absolute Theorie sprechen — finit obligationem.

3) Daß kein Jurist zugleich theoretisch und casuistisch die rel. Theorie befolgt, daß aber

4) dagegen manche Juristen sowohl theoretisch als casuistisch die absolute Theorie aussprechen und anwenden*). Daraus folgt offenbar

1) daß die Beweise für die relative Theorie aus den theoretischen Ausdrücken ganz zusammenfallen, denn wir müssen jene Ausdrücke actio etc. nothwendig als für obligatio stehend annehmen, da sich sonst derselbe classische Jurist in seiner Theorie und Praxis widersprechen würde, und aus dem selben Grund,

2) daß die Beweise für die relative Theorie aus den casuistischen Ausdrücken in Stellen, welche ohnehin sämmtliche auch für die absolute Theorie ausgelegt werden können, in letzterem Sinn ausgelegt werden müssen,

*) Die Richtigkeit dieser Behauptungen ergibt die folgende Ausführung.

3) daß dagegen die Beweise für die absolute Theorie und Casuistik sich bis zur Evidenz unterstützend ergänzen.

Die für die relative Theorie angeführten Stellen sind: von Paulus fr. 4 pr. D. 2, 7. „ut actionis dies exiret fr. 10 pr. D. 2, 11, tempore liberatus — actione non tenebatur.“ fr. 28 §. 4 D. 5, 1 fr. 29 D. 46, 2, von Ulpian fr. 1 §. 2, D. 2, 12. fr. 3. pr. eod. fr. 23 §. 3 D. 46. Endlich fr. 2 pr. D. 2, 10 von Julian fr. 10 D. 27, 6 von Gajus fr. 2. D. 44, 3 von Marcellus.

Dagegen sprechen für die absolute Theorie zwei Stellen von Paulus: nämlich fr. 6 D 44, 7 „finit obligationem“, ferner fr. 45 D. 26, 7 und diese beiden schlagen offenbar jene vier, welche nur scheinbar auf jener Seite stehen. Denn von unserer Ansicht aus können diese 6 Stellen recht wohl mit innerer Uebereinstimmung erklärt werden, unmöglich aber, wenn man nach jenen vier Stellen annimmt, daß nur die Klagbarkeit der obligatio erloschen sei. Daher hat man fr. 6 citirt, auf andere Weise zu beseitigen gesucht: so soll sie nach Guyet deßhalb nichts beweisen, weil sie ex professo nur vortragen wolle, daß bei der Exstinctivverjährung der letzte Tag abgelaufen sein müsse, und nur nebenbei auf die Wirkung Rücksicht nehme — allein deßhalb wird doch Paulus nicht geradezu eine Unwahrheit gesagt haben! Wenn man nun noch erwägt, daß derselbe Paulus in fr. 37 D. 46,1 und in fr. 7 §. 1 D. 44, 1 für die absolute Wirkung entscheidet, so fällt alle Beweiskraft jener vier Stellen für die relative Theorie. Sie müssen so verstanden werden, daß theils eben nur die stärkste Wirkung der Verjährung, die Klagzerstörung hervorgehoben, theils actio gerade für obligatio gesagt wird, falls sich Paulus nicht viermal widersprechen soll.

Ganz ebenso verhält es sich mit den drei für die relative Theorie angeführten Stellen von Ulpian: diese werden nämlich einerseits völlig aufgewogen durch eine größere Anzahl von Stellen von dem nämlichen Ulipan, welche von Erlöschung der ganzen obligatio reden fr. 1 §§. 1, 3 D. 15, 2 usque ad annum produci obli-

gationem“ fr. 1 §. 7 D. 17, 4 fr. 8 pr. D. 3, 5 debitor liberatus“ fr. 25 §. 2 D. 5, 3. fr. 9 §. 3 D. 12, 2. fr. 1. §. 21 D. 37, 9 pr. 3 §. 1 D. 42, 8 etc. Wir wollen nicht etwa sagen, hier liege eine Antinomie vor und die größere Anzahl der Stellen entscheide für uns, denn nach unserer Auffassung lassen sich die unvollständigen Ausdrücke jener 3 Stellen durch den Vollständigen der Uebrigen erklären, ohne daß es der verzweifelten Annahme bedarf, Ulpian habe sich ebenfalls widersprochen, wie oben Paulus. Und ganz wie oben von Paulus haben wir von Ulpian wieder eine Stelle nämlich fr. 18 §. 1 D. 13, 5, worin dieser in casuistischer Anwendung die absol. Th., wie er sie in den citirten Stellen ausgesprochen, durchführt, indem er behauptet, daß ein constitutum für eine verjährte Schuld nicht bestellt werden könne. Es ist also auch hier unthunlich, jene drei Stellen im Sinne der relativen Theorie zu erklären, da sich Ulpian sonst zweifach widersprechen würde. Ebenso kann auch die Stelle von J u l i a n fr. 2 pr. D. 2, 10 unmöglich für die relative Theorie beweisen, denn auch von Julian wissen wir, daß er casuistisch die absolute Theorie befolgt. Denn einmal sagt Ulpian, daß Julian erklärt habe, vor Ablauf der Verjährung könne allerdings ein constitutum eingegangen werden und dieß bleibe giltig auch nach der Verjährung. Darin liegt argumento a contrario, daß Julian nach Ablauf der Verjährung kein constitutum mehr bestellen ließ, was auch die Gegner anerkennen, so Sav. l. c. p. 402. Ferner berichtet Africanus in fr. 38 §. 4 D. 46, 3, daß Julian gelehrt habe, nach verjährter Hauptforderung werde auch der Bürge frei und der Gläubiger könne ihm nur vermöge einer restitutio belangen. Daraus erhellt, daß Julian die Fortdauer einer naturalis obligatio praktisch geleugnet: er kann sie also nicht in fr. 2 D. cit. theoretisch haben fortdauern lassen wollen.

Es bleiben also nur noch zwei Stellen, welche ohne ein absurdum für die relative Theorie benützt werden k ö n n t e n, nämlich die von Gajus und Marcellus: da diese aber nicht wie die für die absolute Theorie sprechenden Stellen durch casuistische

Entscheidungen unterstützt werden, so müssen sie in unserm Sinne gedeutet werden, damit sie nicht mit jener großen Reihe der Anderslautenden in unlöslichen Widerspruch gerathen.

Wenn man nun auch bei einigen der Stellen, in denen vom debitor liberatus und von tempore liberari die Rede ist, vorschützen könnte, diese liberatio gehe nur auf die civilis obligatio, so kann man dieß doch entschieden nicht bezüglich der fr. 25 §. 1 D. 46, 8 u. fr. 21 §. 2 D. 46, 1, denn diese Stellen sind von Afrikanus und derselbe Afrikanus entscheidet in fr. 38 §. 4 D. 46, 3 casuistisch im Sinne der absoluten Theorie hat also gewiß auch diese gemeint in Ausdrücken, welche ohnehin nur schwer anders gedeutet werden können*).

Das Ergebniß dieses Abschnitts ist daher für die absolute Theorie noch viel günstiger als das des Ersten: es zeigt sich nämlich, daß alle für die relative Theorie angeführten Stellen bis auf zwei nicht für dieselbe beweisen, weil sich sonst ihre Verfasser, unlöslich widersprechen würden, daß dagegen alle Stellen, welche für die absolute Theorie gedeutet werden können, für sie gedeutet werden müssen, sollen sich ihre Verfasser nicht widersprechen, und daß daher jene zwei vereinzelten Stellen, welche an sich von beiden Theorien benützt werden könnten, auch nur in unserm Sinn ausgelegt werden müssen.

---

*) Daß übrigens fr. 6, fr. 7, fr. 18, fr. 38 etc., wie geschehen, auszulegen seien, darüber siehe den nächsten Abschnitt.

III. Abschnitt.

Indirekte Beweise aus den Wirkungen der ältern Verjährung*).

Wir finden eine Reihe von Pandektenstellen, welche von der ältern Verjährung und ihren Wirkungen handeln, und aus denen man auf die Fortdauer oder auf die Erlöschung der naturalis obligatio schließen kann. Diese Stellen sind nun zu erörtern.

A. fr. 37 D. de fidejussor. 46, 1.

Paulus libro XVII ad Plautium. Si quis postquam tempore transacto liberatus est, fidejussorem dederit, fidejussor non tenetur, quoniam erroris fidejussio nulla est. D. h. die für eine verjährte aber irrthümlich noch für bestehend erachtete obligatio bestellte Bürgschaft ist nichtig. Da nun aber für die nat. oblig., wenn sie überlebte und also noch bestünde, unzweifelhaft Bürgschaft bestellt werden könnte, arg. pr. 60 D. 46 1. so folgt, daß nach der Verjährung ne naturalis quidem remanet obligatio.

*) Quellen: a) für die relat. Th. Weber nat. Verb. 397 bis 400, Glück XV. 65. Franke 76. Unterh. l. c. Puchta l. c., Guyet 77. Sav. 398.
b) für die absol. Th. Hahn ad Wesenb. l. c, Linde 207, Vang. 265, Sint. l. c. 267, Heimbach 442, Vermehren 338. Büchel 65, Kierulph. l. c. Braun l. c.

Diesen schlagenden Beweis haben die Gegner auf verschiedene Art zu beseitigen versucht: so

I. Weber, (welchem gefolgt sind: Guyet, Glück, Puchta, Unterholzner, Franke, Sint), indem er das „tempore transacto liberatus“ nicht auf die Verjährung bezieht, sondern auf eine obligatio ad tempus. Allein diese Erklärung ist gewiß zu verwerfen (v. Vermehren, Büchel, Sav.), denn

1) tempore transacto liberari ist terminus technicus für die Verjähr. (v. alle im vorigen Abschn. cit. Stellen, ferner fr. 7 D. 7, 4. fr. 18 §. 4 D. 4, 3 etc.) dagegen bei der obligatio ad tempus ist das Befreiende gar nicht die Zeit, sondern die Klausel: „non tempore liberatur, sed pacto.“ Daher muß bei dem allgemeinen Ausdruck in dubio an die Verjährung gedacht werden.

2) ist schwer denkbar, daß der Schuldner sich zwar der obligatio erinnert und deßhalb einen Bürgen bestellt, aber vergißt, daß sie betagt war und ihr Tag vorüber ist, während man wohl eine verjährte obligatio für unverjährt halten und deßhalb einen Bürgen für sie bestellen kann. (Dieser gute Gedanke ist von Vermehren.)

3) Großes Gewicht hat man mit Weber auf die Worte gelegt: „quoniam erroris nulla fidejussio.“ Der Grund, weßhalb fidejussio nulla sei, werde also nicht darein gelegt, daß keine nat. oblig. mehr übrig sei, sondern in den Irrthum, und so spreche die Stelle vielmehr für die relative Theorie, den wäre keine nat oblig. mehr da, so bedürfte es gar keiner Berufung auf den error. Allein

a) dieß Argument würde nur wirken, wenn wirklich nach unserer Auslegung der Stelle der error ganz unwesentlich und seine Erwähnung überflüssig wäre, wie Sav. behauptet. Dieß ist aber nicht der Fall. Denn obwohl die nat. oblig. erloschen, ist es doch unerläßlich, daß der Schuldner im error war: wußte er

nämlich um die Verjährung und bestellte doch einen Bürgen, so läge darin eine Wiederanerkennung der Schuld und Schuldner und Bürge hafteten aufs Neue, obwohl die alte oblig. völlig erloschen war.*)

b) die Worte „quoniam erroris nulla fidejussio“ lassen sich aber außerdem noch so erklären, daß sie, unter Verschweigung eines Mittelgedankens, angeben, wie überhaupt der Schuldner dazu komme, für eine verjährte Schuld Bürgschaft zu bestellen (er hat nämlich nicht gewußt, daß die Schuld verjährt war); von der alten oblig. bestand nur noch ein error und für diesen Rest haftet der Bürge natürlich nicht, „quoniam erroris nulla est fidejussio.“

II. Franke hat die Stelle vergl. mit fr. 29, §. 6, D. 17, 1. auf die Befreiung des Bürgers binnen zwei Jahren nach der bekannten lex furia bezogen. Dieß ist aber ganz unmöglich, weil nach der lex furia nicht der Schuldner, sondern der Bürge tempore liberatur, hier aber ist die Rede vom Schuldner. Zwar denkt Sav., daß erst der Bürge einen Afterbürgen bestellt, allein in dem einfachen „quis“ unserer Stelle kann nur der Schuldner stecken.

III. Nach Sintenis soll die Stelle deßhalb nicht auf die Verjährung gehen können, weil nothwendig in der Bürgschaftbestellung eine Unterbrechung der Verjährung, resp. eine Anerkennung der Schuld liege. Allein eine Unterbrechung der Verjährung ist es nicht, weil die Verjährung bereits vollendet war und eine Anerkennung ist es gewiß nicht, wenn der Schuldner in errore versirte. Könnte er doch sogar — wie sich zeigen wird und Sint. selbst annimmt — die irrthümliche Zahlung der verjährten Schuld condiciren; also nicht einmal in der Zahlung liegt eine unbedingte Anerkennung. Endlich soll sie deßhalb nicht von der Ver-

*) Siehe hierüber die treffliche Ausführung bei Büchel. Daß Sav. Auslegung der Stelle unhaltbar, darüber siehe Puchta Vorles. l. c.

jährung zu verstehen sein, weil es ein Unsinn wäre, daß der Schuldner selbst nicht haften, aber einen Bürgen bestellen wolle. Allein er glaubt eben irrthümlich selbst zu haften.

Diese Stelle ist also gegen alle Angriffe zu halten und spricht klar und bestimmt für die absol. Theorie.

B. fr. 38 §. 4 D. de solutionibus 46, 3.

Bewies die vorige Stelle, daß für eine verjährte Forderung keine Bürgschaft neu bestellt werden könne, so beweist diese, daß eine vor Ablauf der Verjährung bestellte Bürgschaft mit der Vollendung der Verjährung untergeht, woraus wieder hervorgeht, daß auch die nat. oblig. erloschen. (Die Erklärung dieser Stelle siehe bei **Heimbach** und **Büchel**; sie ist mit dem letztern dahin zu verstehen, daß sich der Bürge vor Verjährung der Hauptklage verbürgt.) Si quis pro reo reverso fidejusserit, qui, quum reipublicae causa abesset, actione qua liberatus sit, deinde annus praeterierit, an fidejussor liberetur? Quod Juliano non placebat, et quidem si cum fidejussore experiundi potestas non fuit; sed hoc casu in ipsum fidejussorem ex edicto actionem restitui debere, quemadmodum in eum fidejussorem, qui hominem promissum occiderit. Bestünde eine nat. oblig. fort, so bedürfte es keiner *restitutio* des Gläubigers gegen den Bürgen, weil dieser fort haften würde, sei es, daß er vor der Verjährung für die Schuld sich verbürgte, und diese als nat. oblig. nach der Verjährung fortbestünde oder daß er von Anfang an nur für die nach der Verjährung noch fortbestehende nat. oblig. sich verbürgte. Zwar hat Sav. eingewandt, die Stelle könne nicht auf die Klageverjährung gehen, weil zu den Zeiten des Africanus nur die prätorischen Klagen verjährbar waren und bei diesen die absentia rei publicae causa von dem utile tempus ipso jure abgerechnet wurde und es also gar keiner restitutio bedurft hätte. Sie müße also auf die lex furia gehen oder auf die Proceßverjährung. Allein auf die lex furia kann sie unmöglich gehen, denn diese bezog sich auf die Schuld des Bürgen, nicht des Hauptschuldners und an eine After-

verbürgung kann man hier noch weniger denken als oben, denn „reus" ist der Hauptschuldner. Ebensowenig kann sie auf die Proceßverjährung gehen, denn einmal ist hiefür der Ausdruck litem tempore amittere der technische, nicht actione liberari, und sodann verbietet der allgemeine Ausdruck der Stelle an ein specielleres und nicht erwähntes Verhältniß zu denken, um so mehr, als die Stelle ganz gut von der Klagverjährung verstanden werden kann; denn auch schon im ältern Recht gab es verjährbare Klagen cum tempore continuo, so z. B. die querela inoff.

Zwei Stellen, welche zu widersprechen scheinen, fr. 29, §. 6, D. 17, 1 und fr. 68, D. 46, 1, lauten wie folgt. Die erste: Fidejussor, si solus tempore liberatus tamen solverit creditori recte mandati habebit actionem adversus reum; quanquam enim jam liberatus solvit, tamen fidem implevit et debitorem liberavit; si igitur paratus sit defendere reum adversus creditorem, aequissimum est, eum mandati judicio quod solvit recuperare; et ita Juliano videtur. Die Stelle kann unmöglich auf die Klagverjährung gehen; denn es heißt: fidejussor solus tempore liberatus; es wird aber nicht wohl eintreten, daß die Bürgschaftsschuld früher verjährt als die Hauptschuld. Dasselbe geht daraus hervor, daß erst die solutio des Bürgen den Schuldner befreit. Endlich — und dieß ist entscheidend — gab es zu Ulpians Zeit noch gar keine Verjährung der Bürgschaftsschuld.*) Aber auch auf eine oblig. ad tempus kann man die Stelle mit Heimbach und Büchel nicht wohl beziehen wegen des Ausdrucks „tempore liberatus", sondern besser mit Franke und Sav. auf die lex furia. Die zweite: Tutor datus ejus filio, cui ex fidejussoria causa obligatus erat, a semet-ipso exigere debet, et quamvis tempore literatus erit, tamen titulae judicio eo nomine tenebitur etc. steht ebensowenig entgegen, denn sie erklärt die Fortdauer

*) Nicht aber darf man wie Heimbach argumentiren: die Stelle könne deßhalb nicht die Verjährung meinen, weil bei dieser der Bürge condiciren könnte, — denn dieß ist petitio principii.

der Bürgschaft, resp. der Haftung,, nicht aus einer nat. oblig., sondern aus der tutela.

C. fr. 1, §. 7—8, D. 13, 5

de pecunia constituta vergl. mit fr. 18, §. 1, D. eod. §. 7 debitum autem vel natura sufficit. §. 8. Sed et is, qui honoraria actione, non jure civili obligatus est, constituendo tenetur, videtur enim debitum et quod jure honorario debetur: Et ideo et pater et dominus de peculio obstricti, si constituerint tenebuntur usque ad eam quantitatem, quae tunc fuit in peculio, quum constituebatur; ceterum si plus suo nomine constituerint non tenebuntur in id quod plus est.

fr. 18. §. 1. Quod adjicitur eamque pecuniam quum constituebatur, debitam fuisse interpretationem pleniorem exigit. Nam primum illud efficit, ut si quid tunc debitum fuit, quum constituatur, nunc non sit, nihilominus teneat constitutum, quia retrorsum se actio refert. Proinde temporali actione obligatum constituendo Celsus et Julianus scribunt teneri debere: licet post constitutum dies temporalis actionis exierit. Quare et si post tempus obligationis se soluturum constituerit, adhuc idem Julianus putat: quoniam eo tempore constituit, quo erat obligatio, licet in id tempus, quo non tenebatur.

Hier wird offenbar gesagt, daß nach der Verjährung kein debitum mehr vorhanden sei; im gleichen Sinne wie bei der obligatio ad tempus; wie bei dieser anerkanntermaßen ne naturalis quidem remanet obligatio, so muß das Gleiche von der Verjährung gelten.

Ferner wird die Fortexistenz des constitutum nach der Verjäh. behauptet, quia retrorsum actio se refert. Bestünde nun noch eine oblig. nat., so würde diese allein der Grund der Fortdauer des constitutum sein und der angeführte Grund wäre überflüßig und unrichtig. Auch diese Stelle will Sav. nicht von der Klagverjährung verstehen, einmal weil Ulpian sich halb für die absolute, halb für die relative Theorie entscheiden würde; letzteres nämlich darin, daß er

die Fortdauer des constitutum nach der Verjährung behauptet; allein daß dieß seinen Grund nicht in der Existenz der nat. oblig. hat, sondern in der Eigenthümlichkeit des constitutum, hat Büchel dargethan p. 61, p. 73. Sodann deßhalb, weil post tempus obligationis etc. nicht von der bloßen Verjährung der Klage gesagt werden könne, allein dieß ist eine petitio principii nach Abschnit II. Um die Stelle auf die lex furia beziehen zu können, muß Sav. eine durchgängige Interpretation annehmen, denn dieß Gesetz betraf gar nicht das constitutum, von dem allein die ganze Stelle handelt und erst mit der unnöthigen Annahme solcher Interpretion entsteht eine „Dunkelheit der Stelle."

D. fr. 25, §. 1 D. 46, 8 ratam rem habere.

Procurator, quum ab eo aes alienum exegerat, qui tempore liberaretur, ratam rem domimum habiturum cavit; deinde post tempus, liberato jam debitore, dominus rtam rem habet. Posse debitorem agere cum procuratore existimavit, quum jam debitor liberatus sit; argumentum rei esse, quod, si nulla stipulatio interposita sit, conditio locum adversus procuratorum habitura sit; in locum autem conditionis interponi stipulationem*).

Hienach kann, wer irrthümlich eine fremde Schuld bezahlt, die conditio indebiti anstellen, was unmöglich wäre, wenn noch eine nat. oblig. bestünde. Sav. will diese Stelle, wie alle frühern, nicht von der Klagverjährung verstehen, weil sie ebensogut von der lex furia oder von der oblig. ad tempus verstanden werden könne. Da sie aber weder von der lex furia verstanden werden kann — welche den Bürgen befreit, nicht den Hauptschuldner, der allein hier genannt wird — noch von der oblig. ad tempus — welche nicht eine exceptio temporis, sondern eine exceptio pacti conventi erzeugen

---

*) Vergl. *Cujacius* ad African tract. VI. in opp. prior. t. I. p. 1406 edit. Paris 1658.

würde *) — so muß sie denn doch von der Klagverjährung verstanden werden. Daß fr. 71, §. 1, D. 46, 3 nicht entgegensteht, darüber v. Büchel p. 74. — Auch in

E. fr. 1. §. 4, D. 4, 3. de dol.o malo

haben Heimbach, Büchel und viele Andere einen Beweis für die abs. Th. gesehen. Weil nämlich die actio doli als famosa nur subsidiär gewährt wird, Falls der Betrogne keine exceptio hat, qua se tueri possit, und weil man demjenigen Gläubiger, welcher, durch Betrug verleitet, die Klage verjähren lassen die actio doli gewährt wird, so hat man daraus gefolgert, daß nach der Verjährung keine exceptio und also auch keine nat. obl. mehr übrig bleibe. Allein gegenüber der Ausführung Sav. muß dieß Argument wohl aufgegeben werden. Denn die actio doli wird nur dann versagt, wenn der Betrogne eine exceptio hat, die ihn wirklich schützt, qua se tueri possit, z. B. exc. SC. Mac., legis Cinciae, Plaetoriae, aber nicht schon deßhalb, weil er vielleicht einmal eine exc. compensationis etc. aus der übrig gebliebenen nat. obl. benützen könne. „Vielmehr — kann Sav. sagen — wird hier die actio doli gewährt, obgleich eine nat. obl. übrig bleibt."

Nachdem sich nun gezeigt, daß die vier ersten Stellen wirklich für die abs. Th. vollen Beweis machen, sind jene Stellen zu betrachten, welche man für die rel. Th. anführt.

A. const. 5. 6. Cod. 8, 36.

C. 5. Licet unde vi interdictum intra annum locum habeat, tamen exceptione perpetua succurri ei, qui per vim expulsus post retinuit possessionem, auctoritate juris manifestatur.

Weil hier auch nach dem Jahr, in welchem das Interdikt ver-

---

*) Vergl. auch Basil. IX. t. 11. c. 25. Fabrot. I. p. 579. *χρέος τῷ χρόνῳ μέλλον ἀπόλλυσθαι-ἐλευθε ρωθῆναι τῷ χρόνῳ.*

jährt, noch eine perpetua exceptio gewährt wird, müsse auch die nat. obl. noch fortbestehen. Jedoch schon Heimbach hat dargethan, daß die Stelle völlig unerheblich, denn das interdictum unde vi verjährt binnen Jahresfrist nur quoad poenam, nicht quoad rem und natürlich muß der dejectus, welcher für letztern Bestandtheil noch die volle Klage hat, hiefür auch die exceptio haben. Ueber c. 6. v. Sav. selbst p. 434.

B. fr. 17—19. pr. D. 3, 5. de negotiis gestis.

Man hat aus der Vergleichung des servus, qui natura debitor fuit, mit demjenigen qui temporali actione tenebatur, schließen wollen, daß auch dieser natura debitor sei. Allein das tertium comperationis liegt nach dem Zusammenhang der Stelle nicht in einer etwaigen gemeinsamen nat. obl., sondern in der gemeinsamen negotiorum gestio.

C. fr. 23. §. 2. D. 5, 2. de in off. test.

Si duo sint filii exheredati, et ambo de inofficioso testamento egerunt, et unus postea constituit non agere pars ejus alteri accrescit. Idemque erit, et si tempore exclusus sit.

Daß diese Stelle nicht mit Mühlenbruch für die rel. Th. benützt werden kann, hat dargethan Büchel Anhang p. 128. und ebenso bezüglich

D. fr. 5. §. 6. D. 44, 4. de doli mali et metus exc.

Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est; nam haec perpetuo competit, quum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo jure, is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem quando conveniatur.

Vermehren p. 356., Kierulph p. 214. und Sav. selbst hat p. 381. eingeräumt, daß all' diese Stellen für die rel. Th. nichts beweisen. Es ist also auch in diesem Gebiet voller Beweis für die absol. Th. enthalten, ohne daß ihm ein Gegenbeweis gegenüber steht.

IV. Abschnitt.

Die anderweitigen indirecten Beweise für die relative Theorie. *)

I. Aus der Fortdauer der Pfandklage nach Verjährung der Hauptklage.

Von jeher wurde als das gewichtigste Argument für die rel. Th. geltend gemacht, daß nach

c. 7. §. 1. Cod. 7, 39. de praescr. trig. vel quadr. annor. v. Justinus.

Quamobrem jubemus hypothecarum persecutionem — non ultra quadraginta annos prorogari. — In actione scilicet personali iis custodiendis, quae prisca constitutionum sanxit justitia. und

c. 2. cod. 8, 31. de luitione pign. v. Gordianus.

Intelligere debes, vincula pignoris durare personali actione submota

auch nach Verjährung der persönlichen Klage die Pfandklage fortdauere; dieß wäre unmöglich, schloß man, wenn nicht die ver-

---

*) Quellen: a) für die rel. Th. Roßhirt p. 170. Göschen 464. Sav. 386. Thibaut Besitz p. 119. Franke 78. Puchta l. c. Arndts 452. Unterholzn. Verj. 310. Schuldv. 529.

b) für die abs. Th. Buchholtz 390. Löhr 83. Sint. I. p. 303. Pfandr. p. 579. Vang. 265. Heimbach 457. Kierulph 214. Büchel 40—61.

jährte Hauptschuld wenigstens als nat. oblig. fortdauerte; und wirklich, so lang diese Schwierigkeit nicht überwunden war, konnte man die abs. Th. nicht für ganz befestigt ansehen.

In der Geschichte unserer Controverse kann man daher zwei Perioden unterscheiden — die erste, in der man von Seite der abs. Th. den Major in obigem Syllogismus leugnete, und eine zweite, in der man den Untersatz — die Forteristenz der Pfandklage — wie man muß, zugibt, aber gleichwohl die conclusio leugnet, daß deßhalb die nat. obl. fortdauern müsse, resp den Rückschluß, daß sich jene Fortdauer der Pfandklage nur aus der Fortdauer der nat. obl. erklären lasse. Epoche machend ist hier die Schrift von Büchel, worin dieser dargethan, daß der Grund der Fortdauer der Pfandkl. nicht die Fortdauer einer nat. obl. sei, sondern der Wortlaut in der intentio der formula der actio serviana, so daß umgekehrt nur um dieser Eigenthümlichkeit willen und nur in diesem einzigen Sinn eine Fortdauer der nat. obl. angenommen wurde; dagegen hat auch Niemand mehr Einwendungen erhoben als Sav., dessen Gegengründe im Folgenden zu betrachten sind.

Was nun die vor Büchel von Seite der abs. Th. unternommene Versuche, jene Schwierigkeit wegzuräumen, betrifft, so muß man zugeben, daß sie sämmtlich nicht gelungen sind. Denn wenn

A. ad c. 2. cit.

I. Donellus (Comment. ad h. l.) statt „durare" „non durare" lesen will, so ist dieß Auskunftsmittel zwar höchst einfach, aber auch höchst willkürlich, durch keine Handschrift unterstützt und ein Widerspruch mit c. 7. cit.

II. Cujacius*) bezieht die Stelle auf den in c. 1. eod. erwähnten Fall, wonach damit nur die Regel ausgedrückt wäre: „pignoris causa indivisa" und dieß hält Mühlenbruch für die einzig richtige Auslegung, weil zu Zeiten Gordians noch die Klag-Verjährung nicht beständen, was auch Löhr und Unterholzner anführen. Allein die actiones temporales verjährten auch

*) Observ. V. 32. III.

damals schon und die allgemeine Fassung der Stelle verbietet eine so spezielle Deutung.

III. Nicht richtig ist die Bemerkung von Heimbach*), die Stelle enthalte kein Wort von der Klagverjährung, denn actio submota ist ein hiefür gebräuchlicher Ausdruck arg. c. 8, Cod. 8, 45.

IV. Ebenso wenig kann man mit Löhr die Stelle von einer von Anfang an nur als nat. obl. bestehenden obl. erklären arg. durare — submota actione.

V. Auch kann man nicht mit Buchholz annehmen, die Stelle spreche aus, daß im Falle der Gläubiger den Schuldner beerbt, nun die persönliche Klage, nicht auch das — bessere — Pfandrecht gegenüber andern — spätern — Pfandgläubigern erlösche, denn der generelle Ausdruck läßt keine so complicirte Construction zu.

VI. Endlich wird die Schwierigkeit auch nicht durch die Erklärung von Sint. beseitigt, die davon ausgeht, daß das persönliche Schuldverhältniß und das dingliche durch die Verpfändung begründete auseinander gehalten werden müßten und daß daher auch nach der Verjährung der besitzende Pfandgläubiger sich müsse gegen die Reclamation des Pfandes durch exceptio schützen können Denn ist, wie wir mit Sint. behaupten, durch die Verjährung die obligatio auch als naturalis erloschen, so fällt nach bekannten Rechtsregeln auch die obligatio accessoria des Pfandes.

Aber wenn die Pfandschuld bezahlt wäre und der Schuldner die actio pignoraticia directa anstellte, hätte er nicht die replica solutionis gegen die exceptio pacti des Pfandgläubigers oder vielmehr müßte nicht letzterm diese exceptio sogar denegirt werden? Und wenn der Schuldner bezahlt hat und das Pfand besitzt und nun der Pfandgläubiger die actio serviana gegen ihm ausstellen wollte, hätte hier nicht der Schuldner die exceptio solutionis oder müßte vielmehr nicht die actio denegirt werden und

*) Ihm sind Viele gefolgt: so Heimbach, Mühlenbruch.

vincula pignoris non durare? Ganz dasselbe aber muß gelten, wenn die exceptio temporis wie die exceptio solutionis die obligatio völlig zerstören soll.

B. ad c. 7 cit.

Auch diese Stelle kann weder

I. mit Löhr von dem Fall verstanden werden, daß die Pfandklage verjährt sei, nicht aber die Hauptklage, denn die Stelle spricht viel zu allgemein um nur auf diesen seltnen Fall bezogen werden zu können, noch und zwar aus demselben Grund

II. mit Heimbach in dem Sinne, daß für die actio hypothecaria aus dem Pfandrecht für eine naturalis obligatio eine vierzigjährige Frist laufen solle, noch kann man

III. mit Donellus l. 16 c. 26 §. 8—10 und Comment. in Cod. in h. l. p. 372 an eine Schuldklage denken, deren Verjährung durch Ausstellung eines Schuldscheins unterbrochen worden, weil ja dadurch auch die Verjährung der Pfandklage wäre unterbrochen worden und

IV. mit Kierulph dasselbe jedoch unter ausdrücklicher Verwahrung gegen die Unterbrechung der Verjährung der Pfandklage anzunehmen, ist ebenfalls unthunlich, weil alle diese Hilfsconstructionen durch den allgemeinen Ton der Stelle ausgeschlossen werden.

Vielmehr muß man einräumen, daß die Pfandklage die Hauptschuld um zehn Jahre überleben kann. Daß aber dieß sich nicht aus der Fortdauer einer nat. oblig. erklären läßt, hat Büchel p. 40—61 ausführlich und vortreflich dargethan (vgl. auch Franke l. c). „Der Prätor hat die Pfandklage davon abhängig gemacht, daß die Forderung noch nicht durch Zahlung getilgt oder der Gläubiger sonst zufrieden gestellt sei, was auch in den Fällen angenommen wurde, wo es mit dem Willen des Gläubigers nicht zu dessen Befriedigung gekommen war. Daher mußte die Pfandklage überall fortbestehen, wo ohne Befriedigung des Gläubigers die Erlöschung der Forderung durch einen außer dem Willen des Gläubigers also in rechtlicher Nothwendigkeit liegenden Umstand her-

beigeführt wurde." (Worte Büchels) — also auch, wenn die Forderung durch Verjährung erloschen: quia suas conditiones habet hyp. actio, id est si soluta est pecunia aut satisfactum est, quibus cessantibus tenet fr. 13 §. 4 D. 20, 1, verum est enim, non esse solutam pecuniam (vgl. die nähere Ausführung des Prinzips und die Auslegung der zum Theil schwierigen Stellen bei Büchel) fr. 13. §. 1 D. 16, 1 quia verum est, convenisse de pignoribus nec pecuniam solutam esse.

Daher besteht nicht wegen der nat. oblig. nach der Verjährung das Pfand fort, sondern umgekehrt wegen des Pfandes, das aus obigem Grunde fortbesteht, wird in dieser Hinsicht gewissermassen eine Forteristenz einer nat. obl. angenommen und dieß wird geradezu in den Quellen gesagt, „remanet ergo propter pignus naturalis obligatio" fr. 59 pr. D. 36, 1.

Dagegen hat nun Sav. eingewandt:

„Nur wenn es gelte, die aequitas gegen das jus civile zu schützen, werde jenes subtile Verfahren angewendet aus den Buchstaben des jus civile heraus zu argumentiren, um den außerordentlichen Schutz durch restitutio entbehrlich zu machen. Diese Art Nothwehr werde angewendet gegen die confusio, das SC. Vellej., endlich wenn der Pfandschuldner einen Gläubiger zum Erben eingesetzt und beauftragt habe, die ganze Erbschaft als Fideicommiß einem Dritten zu restituiren. Bei der Verjährung aber behaupte die absolute Theorie die Erlöschung der naturalis obligatio ein Interesse der aequitas selbst und hier wäre es dann natürlich gewesen, dieser aequitas freien Lauf zu lassen und der gänzlichen Aufhebung der Schuld und des Pfandrechts nicht durch Buchstabeninterpretation in den Weg zu treten."

Dieser Einwurf scheint zwar gewichtig, ist es aber bei näherer Untersuchung gewiß nicht. Denn

1) fr. 13 cit. spricht ganz allgemein aus, ohne Rücksicht auf aequitas, suas conditiones habet hyp. actio, quibus cessantibus tenet. Wäre nun nur die Umgehung des Gesetzes aus Billigkeitsgründen die ratio obiger Entscheidung,

so könnte man doch nicht umgekehrt sagen, daß nur die Natur, die conditiones dieses Gesetzes, das ja umgangen werden soll, der Grund der Entscheidung sei.

2) der Ausdruck: remanet propter pignus naturalis obligatio ist grammatisch nur so zu verstehen: es bleibt eine naturalis obligatio, weil ein pignus bleibt: unmöglich kann dieß wie Sav. will bedeuten, wegen der naturalis obligatio bestehe das pignus fort, da ja ohne obligatio kein pignus bestehen könne, dann müßte es ja heißen: remanet propter naturalem obligationem pignus.

3) bliebe nach der Verjährung eine nat. oblig., so wäre es doch verkehrt, wenn die röm. Juristen höchst subtil aus dem Wortlaut des Edikts hätten das Pfand erklären wollen, während doch der wahre Grund, — Fortdauer der nat. obl. — ganz hell vor Augen gelegen wäre.

4) endlich, wenn auch nur der Schutz der aequitas der Grund jener subtilen Argumentation in den citirten Stellen gewesen wäre, so ist daraus nicht zu folgen, daß gegen die Verjährung, die selbst die aequitas schützt, jene Argumentation unzuläßig gewesen wäre, sondern es ist zu erwägen:

a) daß zwar die römischen Juristen aus Gründen der aequitas wohl das alte Civilrecht der XII Tafeln umgangen haben, daß aber die actio serviana dem prätorischen Recht, dem Edikt angehört, welches selbst die aequitas vertritt. Nun ist zwar auch die Verjährung im Interesse der aequitas eingeführt, allein schon daraus, daß bis in's 5. Jahrh. nach Chr. die Unverjährbarkeit der Klagen die Regel, die Verjährbarkeit die Ausnahme war, sehen wir, daß das römische Rechtsgefühl nicht so unbedingten Ernst machte mit der aequitas, welche in dem Gedanken der Verjährung liegt und daraus erklärt sich vollständig, daß sie dieß prätorische

Institut nicht absolut der ebenfalls prätorischen actio serviana gegenüber durchgeführt haben.

b) Was das spätere Recht betrifft, so wird ausdrücklich unterschieden zwischen der Verjährung der Pfandklage gegenüber dem Pfandschuldner selbst (und dessen Erben) einerseits und gegenüber einem Dritten anderseits: gegen Dritte verjährt sie mit der Hauptklage in 30 Jahren: hier wird also die aequitas der Verjährung durchgeführt. Die Fälle, in welchen die Pfandklage die Hauptklage um zehn Jahre überlebt, sind nun gerade solche, wo es unbillig wäre, einseitig nur der aequitas der Verjährung zu folgen: der Pfandschuldner selbst und der dessen Person fortsetzende Erbe soll erst 10 Jahre später von den Folgen seiner eigenen Handlung frei werden, den das Gegentheil, daß er wie jeder Dritte, der von der Verpfändung keinen Vortheil hatte, behandelt werden sollte, wäre gegen die aequitas.

Wir sehen also, wo die absolute Wirkung der Verjährung ausnahmsweise nicht eintritt, da ist diese Ausnahme nicht eine mangelhafte Durchführung der aequitas, sondern vielmehr summa aequitas.

So scheint der Gedanke Büchels nach allen Seiten gegen den Angriff Sav. vertheidigt werden zu können und das Haupt-Argument für die relative Theorie ist und bleibt entkräftet.

II. Aus der Analogie der dinglichen Klagen.*)

Da nach der richtigen Ansicht auch die absol. Th. zugibt, daß bei Verjährung der dinglichen Klagen das Recht an sich fortdauert (v. Einleitung), so hat die rel. Th. darauf einen Schluß der Analogie für die Fortexistenz einer nat. oblig. bauen wollen.

---

*) Quellen: a) Für die rel. Th. Puchta l. c. Sav. 380.
b) Für die abs. Th. Vang. 263. Büchel 6, 33.

Allein dingliche und persönliche Klagen sind toto coelo verschieden, so daß diese Unterscheidung die summa divisio, der Hauptunterschied genannt wird, der überhaupt unter Rechten und Klagen besteht. Bei dinglichen Rechten ist die Hauptsache die durch dauernden Besitz und Genuß jedem Dritten gegenüber ausschließlich-geübte Herrschaft, die Klage nur eine subsidiäre Sicherung, ein Schutz gegenüber der Verletzung; da wäre es nun freilich verkehrt, mit der Erlöschung dieses Schutzmittels gegenüber Einem Verletzer auch das davon unabhängige Recht gegenüber allem Andern erlöschen zu lassen. Dagegen bei persönlichen Rechten ist die Klage unzertrennlich vom Hauptinhalt des Rechts,,, oblig. est jus aliquum agendo compellendi ut faciat" etc. weßhalb actio und obligatio so oft synonim gebraucht werden. (v. Abschn. I. u. II.) Bei oblig. besteht überhaupt nur Ein Gegner, bei dinglichen Rechten aber kann neben dem unrechtmäßigen Besitzer noch jeder andere das Recht verletzen; wie also bei dinglichen Klagen dem unrechten Besitzer gegenüber, so muß bei oblig. gegenüber dem Gläubiger die ganze Geltendmachung des Rechts erlöschen. Daß bei dinglichen Rechten das Recht fortbesteht und gegen Andere sowie gegen den Besitzer selbst, falls er den Besitz wieder verloren, vom Berechtigten geltend gemacht werden kann, erklärt sich aus der Natur der dinglichen Rechte, ist aber unanwendbar auf obl., weil hier nicht von einem Besitzrecht des Obligatus, wodurch der Gläubiger wieder sein Recht gewönne, und ebensowenig von andern Gegnern außer dem debitor die Rede sein kann.

Von diesem Gesichtspunkt aus erledigt sich auch der Einwand, daß

III. Die Verjährung überhaupt nur auf die Klage gerichtet sei, nicht auf das Recht,*)

welchen die ältern Vertheidiger der rel. Th. erhoben, die neuern aber selbst aufgegeben haben; denn es ist klar, daß bei Obligatio-

*) Quellen: a) Für die rel. Th. Weber p. 54. Puchta l. c.
b) Für die abs. Th. Sav. l. c. Kierulph l. c.

nen diese Unterscheidungen von Klage und Recht unzuläßig ist, da ihre Seele die Klage ist. Auch hat Kierulph jener Ansicht mit Recht entgegnet, daß nach ihrer Consequenz gar keine exceptio auch die naturalis obligatio zerstören könne, denn jede exceptio geht zunächst nur auf das Recht der Klage. Auch kann man sich nicht auf den Ausdruck praescriptio temporis berufen, denn dieser wird von Justinian sogar von der usucapio gebraucht, welche doch gewiß Klage und Recht zerstört.

IV. Aus dem Grundsatz, daß Einreden nicht verjähren.*)

Auch dieses Beweismittel hat Sav. fallen lassen, denn die ratio jenes Satzes fr. 5, §. 6, D. 44, 4 cum actor quidem in sua potestate habeat quando utatur suo jure, is autem cum quo agitur non habeat potestatem, quando conveniatur gilt offenbar bloß von dem Fall, daß der Berechtigte nur eine exceptio hat, nicht aber wie der Klagverjährung eine actio und exceptio, denn hier habet in potestate, quando utatur suo jure; aus demselben Grund fällt auch der Einwand, daß da nat. obl.

V. nicht verjähren, wer anfangs eine civ. oblig. gehabt, nicht schlimmer daran sein dürfe,**)

denn er braucht ja nur zu klagen, um dieß zu verhindern. Obiges Argument auf einen Fall des Erbrechts angewandt würde lauten: Der Testamentserbe A schlägt aus, so daß die Intestaterben B und und C eintreten, wenn nun B stirbt, so muß nicht nur C Accrescenzrecht haben, sondern auch A, denn er darf nicht schlimmer daran sein, als C, der ja von Anfang gar kein Klagrecht auf die Erbschaft hatte. Dagegen hat Sav.

---

*) Quellen; a) Für die rel. Th. Puchta. Göschen l. c.
b) Für die abs. Th. Bang. 265. Büchel 8.

**) Quellen: a) Für die rel. Th. Göschen l. c. Sav. 380.
b) Für die abs. Th. Bang 265.

VI. ein Argument aus der Natur der exceptio temporis als einer excep. civilis aufgestellt.*)

Er unterscheidet nämlich exceptiones ex jure gentium, welche im Interesse der aequitas wirken und stets auch die oblig. nat. zerstören, — so die excep. pacti, doli, jurisjurandi — und exceptiones ex jure civili, welche stets eine oblig. nat. übrig ließen, — so die exc. SC. Maced., rei judicatae, als Retorsion wegen jus iniquum, exc. ex beneficio competentiae, Proceßverjährung — da nun auch die praescriptio temporis nur eine exc. juris civilis sei, so könne auch sie nur die civilis obligatio aufheben.

Allein in diesem Syllogismus ist gewiß der Untersatz nicht richtig und der Obersatz irrig. Denn was

I. jene Eintheilung der Exceptionen betrifft und die darauf gebaute Regel, so beschränken sich die Beispiele jener sogenannten exc. civ. auf drei (SC. Mac., Retorsion, Proceßverjährung), denn

1) die von Sav. angeführte exc. rei judicatae läßt nach der richtigen Ansicht keine nat. oblig. übrig,

2) die exc. ex benef. compet. ist ihrem Begriff nach keine Einrede gegen die Obligation, sondern gegen die Execution und kann daher gar nicht hieher zählen; sie zerstört die obligatio gar nicht, also auch nicht die nat. oblig., sondern sie suspendirt und modificirt die Unbedingtheit der Execution.

Drei Beispiele machen aber keine Theorie, um so weniger als denselben ebensoviel Ausnahmen entgegenstehen würden, die exc. legis Cinciae (Vat. fr. §. 266) die exc. SC. Vellejani und die exc. rei judicatae, welche obwohl sie excep. civ. im Sinne Sav. sind, doch auch die nat. oblig. aufheben.

*) Quellen: a) Für die rel. Th. Sav. 378.
b) Für die abs. Th. Sint. I. 303. Bang, 264.

II. Aber auch das ist nicht richtig, daß die exc. temp. eine exc. ex jure civili sei. Denn bei der Unterscheidung, ob ein Institut dem jus. civ. oder ob es dem jus gentium angehöre, kann es nicht darauf ankommen, ob es im jus. civ. anerkannt sei oder nicht, sondern auf die interna ratio desselben. Ist das Motiv jene aequitas, jene naturalis ratio, welche in den Quellen ausdrücklich als das Wesen des jus gentium bezeichnet wird, dann ist die exc. eine exc. juris gentium und daß sie im jus civ. auch anerkannt ist, kann ihr diesen Charakter nicht nehmen; dagegen solche Institute, die auf dem rigor juris romani, auf dem formalen Charakter des ältern Rechts namentlich beruhen und die daraus abgeleiteten Rechtsmittel, die gehören dem jus civile an.

Dieser Ursprung allein entscheidet aber nicht über die Wirkung der Einrede. Es gibt auf dem jus civile beruhende, welche die nat. oblig. aufheben (exc. leg. Cinciae) und solche die sie bestehen lassen (exc. SC. Mac.) und umgekehrt gibt es exc. ex jure gentium, welche die oblig. nat. zerstören (exc. doli) und solche, die sie bestehen lassen. (exc. ex benef. compet.) Das Kriterium über die Wirkung sind oft bestimmte positive, historische Gründe, meistens aber der Zweck und Sinn der exceptio; so zerstören die exc. rei jud. und praescr. temp. gewiß die nat. oblig., weil sonst der Zweck — Herstellung des Rechtsfriedens — vereitelt würde. Endlich

VII. aus der Analogie der Proceßverjährung

kann man nicht auf die Wirkung der Klagverjährung schließen, wie Sav. behauptet, weil die Proceßverjährung ihrem Begriff nach nur den Frieden herstellen will bezüglich der Klage. Es wäre bei der Proceßverjährung wie bei der Verjährung der dinglichen Klagen wider den Begriff, ihnen die stärkere Wirkung beizulegen. Dagegen bietet die exc. rei jud. eine Analogie für die Klagverjährung; jene will wie diese den Rechtsfrieden des Bestehenden schützen und da sie nach der zwar noch bestrittenen aber immer sehr siegenden richtigen Ansicht absolut wirkt, muß es auch die Klagverjährung, die den gleichen Zweck hat.

V. Abschnitt.

Die indirecten Beweise für die absolute Theorie.

I. Argument aus dem Begriff der praescr. temp. als einer exc. perpetua.*)

Löhr, welchem fast alle Vertheidiger der absol. Th. gefolgt sind, beruft sich einfach und gewiß mit Recht darauf, daß diejenige obligatio, welcher eine exc. perp. entgegen stehe, in den Quellen bekanntermaßen als inanis, quasi nulla bezeichnet wird, so daß sie weder zur compensatio, noch zu irgend einer exceptio, noch zu Grundlage einer obligatio accessoria gebraucht werden könne und die irrthümliche Zahlung einer solchen condicirt werden kann, kurz ne naturalis quidem remanet obligatio.

Dieß müße denn auch von der exc. temp. gelten, die anerkanntermaßen eine exc. perpetua sei. Diesem bündigen Schluß hat die rel. Th. auf doppelte Art zu begegnen gesucht:

I. Die Aeltern und noch Guyet haben erwidert, daß dieser Grundsatz nur von solchen exc. perpetuae gelte, welche auf das Recht selbst gingen, nicht nur auf die Klage, wie die exc. temp. — Dieser Einwurf ist bereits im vorigen Abschnitt widerlegt.

II. Die meisten Neuern haben dagegen eine distinctio in's Feld geführt. Nach fr. 19 D. 12, 6. fr. 40 pr. eod. fr. 9 § 4. D. 14, 6 müße man nämlich unterscheiden zwischen exceptiones

---

*) Quellen: a) Für die rel. Th. Guyet 65. Roßhirt 165.
b) Für die abs. Th. Löhr 72. Vermehren 323.

in favorem debitoris introductae — und nur diese zerstörten die oblig. auch als nat. — und in odium creditoris introductae — diese ließen eine nat. oblig. bestehen. Da nun auch die exc. temp. in odium creditoris eingeführt sei, könne sie die nat. obl. nicht aufheben.

Diesem Argument kann man aber wieder entgegnen, daß sein Obersatz ebenso falsch sei wie sein Untersatz. Es ist nämlich

1) nicht wahr, daß jene distinctio das durchgreifende Criterium für die Wirkung aller Einreden bilde, und es ist

2) nicht wahr, daß die exc. temp. in odium creditoris eingeführt sei, sie ist viel eher in favorem debitaris eingeführt und spräche also obige Regel richtig, so spräche sie für uns, nicht für die Gegner. Nehmen wir einstweilen

I. die Regel an, so haben wir zu beweisen, daß die exc. temp. nicht in odium creditoris, sondern in favorem debitoris eingeführt sei. Diesen Beweis haben nun alle bisherigen Anhänger der abs. Th. bereits vollständig geliefert, indem sie nachweisen, daß wirklich die Quellen bei der Verjährung den Schutz des Schuldners gegen Klagen und andere Chicanen bezwecken, denen gegenüber er seine Beweise nicht mehr bestellen kann. Daß dabei darauf Rücksicht genommen wird, daß der Gläubiger als deses und negligens sich über solchen Schutz des Schuldners auch gar nicht beklagen darf, sondern seine eigne Saumsal anklagen muß, ist natürlich; aber dieß ist nicht die ratio ihrer Einführung, sondern nur ein Umstand der die um des Schuldners willen Eingeführte auch gegenüber dem Gläubiger rechtfertigt. Daß dem so sei, ergibt die einfache Vergleichung der von den Gegnern und der von der abs. Th. angeführten Stellen: in keiner von den für die rel. Th. angeführten Ausdrücken ist gesagt, daß die Verjährung zur Strafe des Gläubigers eingeführt sei, sondern nur, daß dieser sich nicht beschweren könne, ihm geschehe Unrecht. Dagegen ist in einer Reihe von Stellen gesagt, daß Schutz

des Schuldners und des Rechtsfriedens Zweck der Einführung der Verjährung gewesen sei. (Vgl. pr. Jnst. 2, 6. de usuc. „Ne rerum dominia in incerto essent c. 4. cod. de praescr.“ omnes nocendi quibus libet modis artes omnibus resecantes — si quis sit contractus, si qua sit actio-sopiatur c. ultima cod. de fundis patrim. 11, 61. „nullam vel molestiam aut quamlibet formidare inquietudinem — pro certo habeant, suum esse — ut omnibus ad excludendam omnem quolibet modo movendam quaestionem-exceptio possit sufficere. Ferner c. 4. cod. 7, 39.“ plenissima munitione securus. c. 6. cod. c. 8. §. 1. „eodem praedictum auxilium — ut simili uti possit praesidio“ mit Nov. 111. praef. Dagegen sagen die von den Gegnern angeführten Ausdrücke nichts c. un. Cod. Th. 4, 14. „ne qua otioso nimis ac desidi querimonia relinquatur c. 2. Cod. 7, 40.“ ut-sit aliqua inter desides et vigilantes differentia c. 3. C. 7, 40. „contra desides homines et sui juris contemtores.“ Dafür spricht denn auch die ganze Geschichte der Verjährung, die Ausdrücke Ciceros (pro Caecina c. 26. s. f. „usucapio fundi-hoc est finis periculi atque litium), der röm. Juristen über die usucapio fr. 5. D. 41, 10. pro suo:“ ut aliquis litium finis esset. fr. 2. pr. D. 39. 3. de aqua et aqua pluvia: „minuendarum litium causa.“ (Vgl. Cajus Comment. II. §. 4. fr. 1. D. de usurp. 41, 3) und Valentinian III. über die Klagverjährung (t. 27. nov. 1. pr. §. 4. t. 35. nov. 1. §. 13. §. 14.) Dafür spricht — außer vielen andern Gründen bei Büchel und Vermehren — daß es ein Unsinn wäre, den Gläubiger für etwas zu strafen, was er thun darf (nemo invitus ad agendum compellatur) er darf ja auf das Klagerecht verzichten. *) Dafür entscheidet endlich die rechtsphil. Bedeutung der Ver-

*) Freilich darf man nicht in diesem Verzicht die ratio praescriptionis sehen, wie Vasquius l. c. p. 444 denn: „nolenti quoque praescribitur.“

jährung, wie sie in der Einleitung entwickelt ist, welche zwar im Conflict mit den Quellen diesen nachsteht, aber im Einklang mit ihnen ihre Gründe und unsere Auffassung bekräftigt. — Spricht also obige Regel wahr, so spricht sie für uns und wir geben mit ihr ein Argument auf.

II. Dieß müssen wir aber thun nach der Deduction von Sav. (Vergl. auch Arndts l. c.) Denn einmal gibt es exc. in odium creditoris introductas, welche gleichwohl absolut wirken — ex doli, metus — anderseits exc. in favorem rei, die doch nur relativ wirken — die Proceßverjährung. — Man muß daher annehmen, daß die 3 Juristen, welche die Regel aussprechen, sie nur aus den beiden Hauptfällen abstrahirten, die ihnen vorschwebten, der exc. SC. Mac. und Villy., um so mehr als in zwei von den drei Stellen und zwar gerade in den ausführlichen Fassungen direct von diesen beiden SC. gesprochen wird: die dritte losgerissene Stelle stand wohl in gleichem Zusammenhang.

Daher bleibt es bei unserm Grundsatz: die exc. temp. wirkt absolut, weil sie eine exc. perpet. und eine besondere Ausnahme für sie nicht nachzuweisen ist.

II. Aus dem Begriff und Zweck der Verjährung.*)

Der letzte und allerentscheidendste Grund für die abs. Th. liegt aber im Zweck der Verjährung selbst, welcher durch die Ansicht der rel. Th. völlig vereitelt wird.

Es wird heutzutage von der rel. Th. zugegeben: Zweck der Verjährung ist nicht Bestrafung des Gläubigers, sondern Erhaltung

---

*) Quellen: a) Für die rel. Th.: Sav. 380. 403. Weber Beitr. Puchta Ger. Kl. l. c. Donellus l. c.
b) Für die absol. Th.: Wernher, Leyser, Mevius, Titius, Lauterbach, Mollenbeck rc. u. die Quellen-Angabe. Unterholzner Schuldv. 310. Mühlenbruch l. c. Arndts l. c. Sint. Jahrb. 259. 266. Vermehren 351.

der Rechtsfriedens: dafür spricht Dogmatik, Geschichte, Philosophie. Wenn man nun aber zuläßt, daß die für eine verjährte Schuld eingegangene Bürgschaft den Bürgen und also mittelbar den Schuldner noch immer oder auf Neue binde, daß der Schuldner die irrthümliche Zahlung einer verjährten Schuld nicht condiciren könne, kann man doch diesen Zustand fortwährender Angst und Unruhe und Haftung keinen Rechtsfrieden nennen. Völlig zweckwidrig aber wird die rel. Th., wenn sie auch die Compensation einer verjährten Forderung gegen eine Unverjährte zuläßt. Wenn A dem B 100 fl. schuldet, so ist sein Vermögen um diese 100 fl. kleiner, daß des B um diese 100 fl. größer als es ohne diese Schuld wäre: da laufen 30 Jahre ab: die Schuld ist verjährt: dadurch wird das Vermögen des A um 100 fl größer, er gewinnt diese 100 fl., das des B um 100 fl. kleiner, sie haben aufgehört ihm zu gehören, A hat ein jus quaesitum darauf, daß diese 100 fl. nicht mehr als passiva für ihn gelten. Da erwirbt A eine Forderung von 100 fl. gegen B: wenn nun B die verjährten 100 fl. compensiren kann, was geschieht? Er kann einen Vermögenstheil, den er längst verloren, behandeln als hätte er ihn noch und dem A wird hinterher ein jus quaesitum wieder entzogen. Es ist ganz als ob der B dem A sagte: „Du hast 100 fl. von mir zu fordern, dagegen compensire ich diesen leeren Geldsack. In diesem Sack waren früher 100 fl.: freilich habe ich die 100 fl. aus dem Sack verloren, aber sie waren doch einmal darin und deßhalb compensire ich mit Recht meinen leeren Sack gegen deine volle Forderung."

Dieß Argument ist so schlagend, daß die Mehrzahl der ältern Juristen zu einer Zeit da unsere Controverse theoretisch noch gar nicht geboren war und im Princip noch gar nicht verhandelt wurde, doch schon die Compensation einer verjährten Forderung und damit im voraus die relat. Theorie verworfen haben.*) Dieß Argument hat auch später die Mehrzahl der neuern Juristen theoretisch für die absol. Th. bestimmt, obwohl das Argument aus der Fort-

*) So die Mehrzahl der Aelteren.

dauer der Pfandklage noch stark für die rel. Th. sprach: seit aber dieses Bollwerk der rel. Th. — das Einzig-Wichtige — durch Büchel gefallen und durch Sav. wohl nicht wieder aufgerichtet ist, muß das Argumentum ad absurdum aus der Compensation wohl den Sieg der absol. Theorie entscheiden.

Zum Schlusse muß noch einer doppelten Mittelmeinung erwähnt werden, deren Würdigung nun nicht mehr schwer fallen kann. Nämlich

1) Donellus behauptet, daß alle Klagen, für welche durch das sie einführende Gesetz selbst schon eine Verjährungsfrist bestimmt worden, durch die Verjährung ipso jure erlöschen (so die prätor. Klagen), dagegen die übrigen, für welche erst durch spätere Gesetze die Verjährung eingeführt worden, sollen ope exceptionis untergehen, und zwar gründet er diese Ansicht darauf, daß es bei den prätor. Klagen heiße: „intra annum actionem dabo." Daraus folgt aber nicht, daß post annum actio ipso jure denegatur, denn auch die SC. Mac. et Vell., welche bekanntlich nur ope exceptionis wirken, drücken sich so aus. arg. „Neve in eas actio detur" fr. 2, §. 1, D. 16, 1. und „ne cui actio daretur" fr. 1, D. 14, 6. Ueberdieß mußte ja auch bei den prätor. Klagen die „annua exceptio" geltend gemacht werden, die Verjährung wirkte also nicht ipso jure.
2) Endlich haben Andere: Unterholzner, Mühlenbruch und Arndts in der Art einen Mittelweg eingeschlagen, daß sie zwar die Fortdauer einer nat. oblig. annehmen, aber deren Compensabilität läugnen. Hiegegen ist zu erinnern:
   a) in den Quellen ist dieser Unterschied nicht begründet, vielmehr
   b) sprechen gegen diese Ansicht alle Gründe, welche auch gegen die relative Theorie sprechen, (ausgenommen der Letztgenannte.)

c) ferner der allgemein anerkannte Grundsatz der Quellen daß alle nat. obl. compensirt werden können: eine inkompensable nat. obl. ist eine contradictio in adjecto,

d) da also nur practische Angemessenheit Grund jener Ansicht ist, so ist es inconsequent, nicht diese praktische Angemessenheit durchaus und überall zu befolgen und daher sowie die Compensation so auch die Bürgschaft ꝛc. bezüglich der verjährten Forderung auszuschließen und die condictio indebiti zuzulassen, d. h. mit andern Worten sich der absoluten Theorie anzuschließen.





